

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR

**l'Évolution Scientifique
dans l'étude
du Droit International**

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

PAR

André SCHIMMERLING

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

MEMBRES DU JURY

MM. MOY E, professeur, *Président.*

De NESMES-DESMARETS, profes, } *Assesseurs.*
TISSET, professeur.

MONTPELLIER
IMPRIMERIE MARI-LAVIT
1, RUE DE SAUVAGES, 1

1934

ESSAI
SUR L'EVOLUTION SCIENTIFIQUE
DANS L'ETUDE
DU DROIT INTERNATIONAL

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

ESSAI

SUR

**l'Évolution Scientifique
dans l'étude
du Droit International**

THÈSE

présentée et publiquement soutenue devant la Faculté de Droit de Montpellier

PAR

André SCHIMMERLING

POUR OBTENIR LE GRADE DE DOCTEUR EN DROIT

MEMBRES DU JURY

MM. MOY E, professeur, *Président*

De NESMES-DESMARETS, profes.

TISET, professeur.

} *Assesseurs.*

MONTPELLIER

IMPRIMERIE MARI-LAVIT

1, RUE DE SAUVAGES, 1

1934

FACULTÉ DE DROIT DE MONTPELLIER

MM.

MOYE, Doyen honoraire, professeur de Droit International Public.

MORIN, Doyen, professeur de Droit Civil.

BECQUÉ, professeur de Droit Civil.

DE NESMES-DESMARETS, professeur de Droit Administratif.

BOSC, professeur de Procédure Civile.

VIALLETON, professeur de Droit Civil.

GUENOUN, professeur de Droit Romain.

DUPEYROUX, professeur de Droit constitutionnel.

COURTIN, professeur d'Economie politique.

LÉGAL, professeur de Droit criminel.

TISSET, agrégé d'Histoire de Droit.

LEMERCIER, chargé de cours d'Histoire du Droit.

DIJOL, Chargé de Cours de Capacité.

VALERY, Doyen honoraire.

DONAT, Secrétaire.

ROCHETTE et DUBOIS, Secrétaires honoraires.

JURY

MM. MOYE, professeur, *Président.*

DE NESMES-DESMARETS, professeur.

TISSET professeur.

} *Assesseurs*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ou improbation aux opinions écrites dans les thèses : ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



A MES PARENTS

A. SCH.

INTRODUCTION

Si nous jetons un regard sur le développement du droit international envisagé comme objet d'études, nous verrons que cet objet varie suivant les âges et les auteurs, n'ayant de commun que le nom qu'on lui prête. Ceci s'explique par le fait que l'esprit au lieu d'observer, s'est exercé sur des fondements préétablis par lui, en prenant pour réalité ce qui n'était qu'un postulat d'ordre religieux, moral ou politique.

Pourtant il ne doit pas échapper à celui qui regarde attentivement les diverses doctrines telles qu'elles se présentent dans leur succession chronologique, que la pensée qu'elles contiennent se modèle sur une certaine forme, que dans leur totalité elles présentent une certaine progression, ou évolution vers une certaine limite. De quelle évolution, de quelle limite s'agit-il? En retraçant une histoire des doctrines du droit international, nous entendons retracer l'histoire d'une branche de la connaissance. S'il y a une certaine progression à ce point de vue, une certaine évolution, ce ne peut être que la progression ou l'évolution de la pensée qui cherche à arriver à la connaissance parfaite de son objet, à la connaissance tout court.

Sans doute pourrait-on dégager d'autres progressions et d'autres limites dans la matière. Mais l'évolution que nous examinerons est la seule qui s'impose, parce qu'elle a pour objet la connaissance.

Nous pensons donner une image aussi fidèle que possible de cette évolution, en présentant les principales doctrines et, correspondants à celles-ci, les principales phases, dans lesquelles s'est cristallisée la pensée dans sa progression.

La structure de toute science implique comme fondement des faits fournis par l'observation et une théorie qui constitue l'explication de ces faits. La résultante de ces deux facteurs donne les principes qui régissent la matière. Ces trois données de la science ont été aperçues dans l'ordre inverse pour la matière qui nous préoccupe. Les théologiens ont énoncé le *principe* du droit international, les doctrinaires du XVIII^e siècle en prenant le principe pour une réalité, construisirent une *théorie juridique* sur sa base et ce n'est que les positivistes des derniers temps qui s'aperçoivent de la nécessité de fonder leur raisonnement sur *les faits* de l'observation.

Ces trois données dégagées par l'esprit nous serviront pour autant de points de départ dans l'étude de la matière.

CHAPITRE PREMIER

LE PRINCIPE

I. — LA COMMUNAUTÉ INTERNATIONALE

Il y a des époques où, par le concours de diverses circonstances, on acquiert le sentiment de faire partie d'un tout qui s'étend au-delà des frontières que les contingences tracent entre peuples, traces et professions de foi.

Nous voyons ce sentiment apparaître après les grandes découvertes, au temps de la Renaissance. Son influence qui se fait sentir dans les arts, les lettres et dans les sciences, engendre un esprit nouveau qui montre les choses dans une lumière nouvelle. Pour cette raison, cet esprit peut être appelé un esprit de découvertes. Peu importe, en effet, qu'il s'exerce sur des vérités anciennes; il les verra dans une lumière nouvelle, il leur prêtera une vie nouvelle.

C'est cet esprit qui trouva le « *jus gentium* » dans les Institutes de Justinien et formula sur la vieille base le principe du droit international moderne: le principe d'une communauté internationale.

Formuler ce principe équivalait nécessairement à l'époque de combattre un principe opposé qui ne voyait une communauté entre diverses nations possible, que sur une base chrétienne du point de vue spirituel, et romaine du point de vue temporel. C'était le rêve de l'époque: le Saint Empire Romain.

Nous sommes en présence d'un principe qui a déjà fait son apparition au cours de l'histoire. Il est le propre des grands conquérants qui veulent soumettre les peuples de la terre à leur domination et fonder de cette manière un empire universel. Les deux conquérants de l'époque étaient l'Eglise représentée par le pape et l'Empire de nation germanique représenté par l'empereur. Dans ce mélange d'un empire universel à base chrétienne se cachaient ainsi les prétentions de l'Eglise et de l'Empire; chacune des deux puissances voulant le monde pour elle-même, ce n'est qu'un compromis dicté par la nécessité qui réussit à assigner à chacune une compétence spéciale dans le gouvernement du monde.

Quoi qu'il en soit une pareille communauté supposait comme sujets les membres d'une certaine communauté politique et les fidèles d'une certaine profession de foi. Son caractère d'universalité lui faisait défaut; au problème angoissant des relations de peuples, de races et de religions diverses, elle n'apportait aucune solution, car au lieu de concilier les diversités, elle les accentuait, au lieu de résoudre le problème, elle l'aggravait.

Abstrait par nature, nous voyons dans les conséquences qu'on en tire, la distance qui la sépare de la réalité.

Les juristes de l'époque considéraient l'empereur comme le chef auquel tous les princes de la terre

doivent obéissance. C'est sur le modèle du « mundus Romanus » qu'ils veulent reconstruire le monde. C'est sur le modèle de la « Pax Romana » que Dante croit assurer dans son « De Monarchia » la paix et la tranquillité des peuples.

Pour les théologiens, c'est le pape qui représente l'autorité suprême. L'image qu'ils se font d'une communauté des peuples s'identifie avec l'image d'une communauté de fidèles. Ils sont ainsi conduits à ne pas prendre en considération ceux qui ne font pas partie de cette communauté et suivant quelques-uns ceux-ci ne peuvent réclamer aucun droit à quoi que ce soit. Hostiensis, l'auteur de la *Summa Aurea*, conclut que les guerres faites contre les infidèles sont justes et leurs biens ne pouvant faire l'objet de propriété, passent à juste titre à la possession des croyants.

Il est plus exact de dire que pour une conception pareille, l'homme n'existe ou n'a droit qu'à l'existence qu'en vertu de la foi, que le monde appartenait et ne pouvait appartenir qu'à ceux qui croyaient à la religion chrétienne. Quand le pape Alexandre II partage le monde nouvellement découvert entre les Espagnols et les Portugais, il ne fait que donner une illustration de cette conception.

C'est sur le terrain de ses conséquences que le principe fut ébranlé.

La découverte des terres nouvelles a donné lieu à l'application du principe à l'égard des populations qui habitaient ces territoires.

Plus exactement, on a invoqué le principe pour justifier les conquêtes consécutives aux découvertes. De cette manière, les conquérants ont voulu satisfaire le doute qu'on pouvait nourrir sur la légitimité

de leur conquête. Quoique la question de conscience ait suivi et non précédé l'acte, ce fut néanmoins une question de conscience. La réponse à donner faisait partie de la compétence du spirituel, des prêtres, notamment de la compétence de la théologie morale qui se présentant sous la forme d'examens de divers cas de conscience, porte le nom de casuistique.

En l'espèce le cas qui se trouvait être soumis à la science de la théologie fut le suivant: les Espagnols ont-ils le droit de dépouiller les indigènes de leur bien et liberté parce qu'ils ne croient pas à la religion chrétienne? La logique même du principe suivant lequel l'infidèle ne peut faire partie d'une société humaine et ne peut avoir en conséquence des droits, impliquait une réponse négative. Mais le fait d'avoir invoqué le principe, d'avoir soulevé la question de conscience, a décidé d'avance du contraire. La question impliquait la réponse.

Des discussions s'élèvent ainsi devant la Cour royale espagnole à propos de la légitimité de certains actes des colons. La réduction en esclavage des populations des îles Caraïbes, nouvellement découvertes, a donné lieu à la première discussion et à la première confrontation des deux thèses, correspondantes à deux principes opposés. Le principe nouveau rallie un peu plus tard l'opinion officielle. Le pape Paul II s'exprime en 1537 de la manière suivante, à propos des Indiens: « Quoiqu'ils ignorent la foi de Jésus-Christ, ils ne sont et ne doivent pour cela être privés de leur liberté ni de la liberté de leurs biens ou réduits en servitude ».

La première étude portant sur la question est celle du dominicain Vitoria: les *Relectiones De Indis* ac de Iure Belli.

Cette étude est la première en date qui traite la matière internationale telle qu'elle est comprise par la conception moderne. Il serait cependant vain de prétendre qu'elle traite par là même du droit international. Dans la conception de son auteur, la matière fait partie d'une discipline entièrement étrangère à la jurisprudence, comme on appelait à l'époque la science du droit. « Je prétends que cette question ne regarde pas les jurisconsultes ou du moins qu'elle ne les regarde pas seuls. Car ces barbares comme je le ferai voir ne nous sont pas assujettis en raison du droit humain; ce qui les concerne ne doit donc pas être discuté au point de vue des lois humaines, mais bien des lois divines. Or, les jurisconsultes ne sont pas suffisamment au courant de celles-ci pour pouvoir par eux-mêmes décider de semblables questions. Et je ne suis pas certain que pour discuter et définir cette question on ait fait appel à des théologiens dignes d'être écoutés en une matière de telle importance. Comme il s'agit du for interne, c'est au prêtre, c'est-à-dire à l'Eglise, de se prononcer. Il est ordonné au Roi dans le Deutoronome de recevoir une copie de la Loi de la main du prêtre » (1).

C'est en se basant sur les Ecritures Saintes et ses commentateurs que Vitoria réfute l'opinion suivant laquelle les Indiens ne peuvent être considérés comme sujets de droit tant au point de vue civil, que public.

L'examen de cette opinion lui permet de démontrer que la proposition qui dénie aux Indiens tous les droits, n'est pas en accord avec le sens des Ecritures saintes. Par là même il se place sur le même

(1) VITORIA. — *Relectiones de Indis ac de Iure Belli*, Collection Carnegie, I, 14.

terrain que ses adversaires et suppose tacitement que le problème entier se réduit à une question d'interprétation. Méthode généralement en usage à l'époque, qui a l'avantage de diminuer la responsabilité de quiconque énonce une idée nouvelle, l'auteur étant quasi-couvert par le texte dont il n'est censé que préciser le sens. Quand il pose comme principe que l'homme ressemble à Dieu par sa nature raisonnable et que sur cette base tous les hommes, et non point certains d'entre eux, ont des droits et ont les mêmes droits, il pense se fonder sur les arguments de ses adversaires qui eux aussi reconnaissent que l'homme ressemble à la Divinité. Mais il passe sous silence le fait que cette ressemblance se justifie chez les tenants de l'opinion adverse sur la base d'une croyance et non pas sur la base d'une nature raisonnable. Reconnaître cette diversité d'opinion, c'aurait été se placer sur un terrain philosophique et non point théologique, un terrain beaucoup plus contingent que le dernier.

Dans cet effort de présenter son interprétation comme la bonne, la vraie, Vittoria veut nous convaincre que son opinion n'est pas une vue de l'esprit pure et simple mais qu'il existe indépendamment de lui. Quand il qualifie l'opinion adverse d'erronée, il oublie que la question ne se pose pas sur le terrain de la logique, chaque proposition étant logique avec le principe dont on l'a déduit. Le révérend père La Brière partage encore son point de vue quand il dit : « Un sophisme qui avait, en effet, quelque diffusion dans les pays colonisateurs de cette époque était, qu'on pouvait tout se permettre à l'égard des populations des pays exotiques, vu que

ces populations n'avaient pas de droits humains » (1 bis).

Le sophisme dont il est question n'était rien moins que le principe qui gouvernait les relations internationales du moyen-âge et dont on tirait les dernières conséquences en face des populations « noviter inventis ».

Dans le fait d'avoir reconnu que les Indiens sont maîtres de leurs biens et de leur liberté, Vitoria a reconnu implicitement le principe que l'homme est sujet de droit en tant que tel et non point en tant que membre d'une communauté définie. Pour arriver à ce résultat il a fallu abandonner ce principe simpliste qui prend son point de départ dans le « moi » et ne conçoit des droits pouvant être attachés à un homme que dans la mesure où ce dernier fait partie de la même communauté politique ou religieuse, partage les mêmes croyances, que ce « moi ». Le résultat nécessitait, en outre, une vue naturaliste sur l'univers qui acceptât le monde tel qu'il est et le droit des hommes qui le peuplent à la vie et à la vie tel qu'ils la préfèrent. Cette vue considère le monde comme la résultante d'un ordre naturel des choses. Le théologien se voit dans la nécessité d'admettre que cet ordre émane néanmoins de Dieu, qu'étant sa création, et participant par là même de sa nature les hommes sont à cet égard égaux. Ils sont solidaires et cette solidarité crée entre eux une société universelle : la société naturelle basée sur la nature commune des hommes.

(1 bis) LA BRIÈRE. — La conception du droit international chez les théologiens catholiques. *Centre Européen de la Dotation Carnegie*, 1930.

Examinant les titres que les Espagnols peuvent réclamer pour avoir occupé les Indes, Vitoria pose en premier le droit découlant d'une société naturelle entre les hommes, ce qui permet à l'étranger de s'établir dans n'importe quel pays. Faisant sienne la définition du droit naturel qu'il trouve dans les Institutes de Justinien il appelle ce droit, droit des gens et il en donne la définition suivante : « on appelle droit des gens l'ensemble des règles que la raison naturelle a établi entre les nations » (2).

Suarez, disciple de Vitoria, formule le principe d'une façon plus nette et plus décidée. C'est un indice du fait que ce principe a fait déjà son chemin, qu'il a pénétré dans les consciences.

« Bien que chaque ville indépendante, chaque République ou chaque Royaume constitue en soi une communauté parfaite et formée par ses membres, néanmoins chacune de ces communautés est aussi d'une certaine manière membre de cet ensemble qu'est le Genre Humain. Jamais, en effet, ces communautés ne peuvent séparément se suffire à elles-mêmes au point de n'avoir pas besoin de leur aide réciproque, de leur association et de leur union, soit pour le mieux-être et leur plus grande utilité, soit à cause d'une nécessité ou d'une exigence morale comme l'expérience le fait voir » (3).

(2) VITORIA. — Op. cit. I.

(3) SUAREZ. — De Legibus ac de Deo Legislatore, XIX, II, 9, cité par La Brière.

II. — LE DROIT INTERNATIONAL

Nous avons examiné le contenu du principe pour montrer qu'il est à la base du droit international tel qu'il se présente à la conception moderne; qu'une règle internationale le suppose nécessairement.

Dans ce fait s'épuise toute relation entre le principe envisagé et le droit international.

Les théologiens ont déduit leur droit des gens des Ecritures saintes. Ce procédé était naturel à une époque où toute connaissance reposait sur un fondement déductif et où il n'y avait qu'un Bacon pour protester contre la validité d'un raisonnement de ce genre.

La méthode déductive supposait une cause unique dont le monde, tel qu'il se manifeste dans ses divers phénomènes, découle nécessairement. Ces phénomènes ne sont que des effets par rapport à cette cause et à ce titre participent de sa nature. Une fois cette cause admise, le raisonnement pur, la logique se suffisait à elle-même pour déduire ses effets. La logique, en d'autres termes la pensée, se suffisait à elle-même pour arriver à une connaissance.

Néanmoins et malgré son apparence de logique, fallait-il avant tout admettre une cause et fallait-il lui prêter une certaine nature. Cette cause et cette nature n'étaient point les résultats d'une déduction; elles étaient des postulats. Par là-même cette pensée s'oppose à toute pensée scientifique, qui exige que la nature des phénomènes soit vérifiée par leur observation. Ce principe inductif a démontré que les phénomènes ne sont point semblables dans leur nature, qu'ils ne sont pas susceptibles d'être déduits les uns

des autres. S'ils peuvent être réduits à des rapports de cause à effet, ce n'est que dans l'intérieur du domaine réduit que constitue une science. Déduire dans cet ordre d'idées le droit des gens des préceptes de la religion comme l'ont fait les théologiens, revient à un truisme.

Gierke nous présente cette image du monde fondé sur un principe déductif dans la façon suivante: « ...Chaque être particulier, en tant qu'il constitue un Tout se présente comme un Microcosme, ou un Minor Mundus, une reproduction en miniature du Macrocosme du monde. Cela est absolument vrai de chaque communauté humaine et d'une façon générale de toute société humaine. Et ainsi pour la philosophie sociale du moyen-âge les principes constitutifs des communautés ont leur prototype dans l'organisation que la volonté divine a donnée à l'univers entier » (3 bis).

Si ce principe déductif a donné place à l'induction dans la science du droit interne, il n'a pas encore cédé la place complètement en droit international. Dans l'appréciation qu'il fait de l'œuvre de Vitoria, J.-B. Scott s'exprime de la façon suivante: « Pour déterminer la justice et l'injustice de la conduite des Espagnols en Amérique, François de Vitoria fut obligé d'établir une ligne de conduite idéale, un modèle. Une action était juste non parce qu'il la pensait permise, mais parce qu'elle s'accordait avec la justice. Si les Espagnols visitaient les terres des Indiens et s'y établissaient, à quelle loi basée sur la justice ceux-ci pourraient-ils recourir? Il était donc nécessaire que François Vitoria fixât le droit et définît

(3 bis) GIERKE. — Les théories politiques du moyen-âge, page 49.

la loi. C'est ce qu'il fit dans sa première *Relectio* et, en le faisant, il créa le droit des gens moderne » (4).

L'auteur identifie le principe, la loi basée sur la justice, avec le droit des gens. Si on suppose que le droit existe en vertu d'une pareille création, il serait intéressant de savoir qui est celui qui créa le droit civil moderne, la procédure civile, le droit commercial.

Dans son « *Histoire des Grands Principes du Droit des Gens* », Redslob établit le droit des gens sur quatre principes fondamentaux: le caractère obligatoire des conventions, la liberté des Etats, leur égalité et le principe de la solidarité entre Etats. En parlant du rôle que ces principes jouent dans le droit international, il met très bien en relief la relation qui existe entre le principe en tant que tel et la matière à laquelle elle s'applique, le droit. Il nous dit: « Ces quatre normes sont les points de départ nécessaires pour dessiner la loi des peuples. Elles sont comme des foyers autour desquels se groupent des figures géométriques. Elles sont aussi comparables aux coordonnées, aux deux axes qui divisent un plan et auxquels sont rapportés toutes les lignes. Disons mieux encore: elles sont les points trigonométriques d'après lesquels se mesure le monde du droit des gens » (4 bis).

Le droit envisagé comme un système de règles de conduite, ne découle pas d'un principe même si ce dernier est un « point de départ nécessaire pour dessiner la loi des peuples ».

Il est possible que pour le moraliste le droit dé-

(4) J. B. SCOTT. — Les progrès du droit des gens, page 19.

(4 bis) REDSLOB. — Histoire des grands principes du droit des gens, page 49.

coule d'un certain principe, autrement le droit perdrait toute sa valeur à ses yeux. Pour le juriste le principe n'est qu'une proposition générale qu'il dégage du contenu des règles en vigueur. Dans son monde, le principe lui apparaît comme le système des coordonnés, suivant l'analogie de Redslob, auxquels toutes les lignes, en espèce les règles de droit, se trouvent rapportées. Mais, de même qu'il serait une tâche vaine que de vouloir déterminer des lignes en partant des coordonnés, il serait également vain de déterminer le droit en vigueur en partant d'un principe que la raison peut nous suggérer, même si ce droit s'appelle droit international.

CHAPITRE II

LA THEORIE

La reconnaissance de l'humain comme base des rapports sociaux, le principe d'une société et d'un droit naturel une fois admis, il n'est que très compréhensible que les juristes aient cherché à reconstruire leur notion du droit pour pouvoir englober la nouvelle donnée dans le domaine juridique. C'est la genèse du droit de la nature dont le droit des gens fait désormais partie.

Il ne faut que renvoyer au passage du *De Indis* où Vitoria définit le rôle du théologien et des juristes pour voir quelle conception on se faisait du droit à l'époque. Le droit était considéré comme quelque chose de concret, comme le droit romain, le droit canonique, le droit coutumier. Si on parlait de droit on visait un *certain* droit, on visait le droit positif.

L'image que les théologiens ont présenté d'une communauté universelle a suggéré aux juristes la conception d'un droit par opposition à des droits, l'existence d'une société par opposition à des sociétés. Le droit apparaît ainsi non plus l'expression de

la raison d'un législateur aussi éclairé soit-il, mais l'expression de la raison tout court; il apparaît l'expression de la nature des choses.

La refonte de la notion du droit auquel procédaient les juristes devait donc faire une synthèse entre deux termes: les divers droits tels qu'ils se présentaient dans les divers pays et le droit basé sur la nature de l'homme, commun à tous et le même dans toutes les contrées.

C'est à ces deux termes de l'équation que correspond la division du droit faite par l'école du droit de la nature et des gens, en droit naturel et droit positif ou volontaire.

I. — LE DROIT NATUREL.

Dans la conception de l'école ce dernier repose sur la nature de l'homme. La conception que la nature puisse engendrer un droit trouve ses contradicteurs dans les sceptiques dont la proposition se résume dans les termes suivants: « La nature ne peut distinguer ce qui est injuste de ce qui est juste ». Grotius oppose à cette affirmation la suivante: ...l'homme trouve le besoin de se réunir, c'est-à-dire de vivre avec les êtres de son espèce, non pas dans une communauté banale, mais dans un état de société *paisible*, organisée suivant les données de son intelligence et que les stoïciens appelaient « état domestique » (5). Grotius donne l'apparence d'induire sa vue sur la nature de l'homme, des faits, de leur observation. Il n'en est rien. Au fond, c'est une vue subjective de l'esprit, car ce n'est que cette dernière qui

(5) GROTIUS. — De Jure Belli ac Pacis Libri Tres, Prolegomena, VI. Traduction par Pradier Fodéré.

puisse distinguer entre une communauté banale et une société « paisible ».

Un exemple de la même nature nous est offert dans la polémique que Pufendorf soutient contre Spinoza à propos du même sujet.

Selon Spinoza « la nature considérée absolument en elle-même a un droit absolu à tout ce qu'elle peut faire, c'est-à-dire que le droit de la nature s'étend aussi loin que son pouvoir ». Pufendorf oppose à cette allégation que le droit constitue justement une limitation du pouvoir. Il pense, en effet, que Spinoza veut dénier ce caractère au droit pendant que ce dernier prétend une chose différente: que la nature « considérée absolument en elle-même » est complètement étrangère au droit. Cette conception de la nature diffère de celle de Pufendorf et de la conception de l'école en général ; elle est le roc contre lequel se brisent tous les efforts qui tendent à démontrer que sa conception de la nature est la « vraie », c'est celle qui correspond à la réalité et, qu'à ce titre, elle n'est pas une arbitraire de l'esprit.

Pour rendre plus concrète sa vue sur la nature des choses, l'école du droit de la nature a érigé une hypothèse auquel elle a donné le nom *d'état de nature*. Originellement, elle a vu dans cet état une époque de l'histoire de l'humanité où les hommes se présentent dans le monde par leurs caractères innés, par leur vraie nature, dépourvus de toute institution humaine. La vue humaniste de l'univers qui met l'accent non point sur les côtés qui distinguent mais sur celles qui rapprochent les hommes, prend ici la forme d'un état, d'une phase de l'humanité où les hommes ne possèdent encore que cette nature première, où ils ne sont pas encore groupés dans des sociétés

particulières. Cette hypothèse en tant que telle devait être prouvée. Une preuve étant impossible, l'hypothèse se transforme dans une fiction. Dans le traité de Pufendorf, l'hypothèse a pris déjà cette valeur: « Ce qu'on appelle état de nature pur et simple, c'est la condition où l'on conçoit l'homme en faisant abstraction des choses qui surviennent en conséquence de quelque établissement humain; non pas un état auquel la Nature ait destiné l'Homme » (5 bis).

La nature de l'homme ainsi entendue est la source du droit naturel, du droit tout court. Grotius nous dit à cet égard: « Ce soin de la vie sociale dont nous n'avons donné qu'une ébauche et qui est conforme à l'entendement humain, est la source du droit proprement dit auquel se rapportent le devoir de s'abstenir du bien d'autrui, de restituer ce qui, sans nous appartenir, est en notre possession » (6). Ne trouvant pas son énumération complète Grotius est contraint d'ajouter: « Il est convenable à la nature de l'homme d'observer dans les limites de l'intelligence humaine, la direction d'un jugement sain... Ce qui est en opposition avec un tel jugement doit être considéré comme contraire aussi au droit de la nature, c'est-à-dire de la nature humaine » (7).

Nous voyons Grotius réintégrer son point de départ dans la définition qu'il se propose de donner du droit naturel: « Le droit naturel est une règle que nous suggère la droite raison qui nous fait connaître qu'une action est ou non conforme à la nature raisonnable, est entachée de difformité morale, ou qu'elle est moralement nécessaire et que, consé-

(5 bis) PUFENDORF. — Op. cit. L. II, II, page 159.

(6) GROTIUS. — Op. cit. Prolegomena VIII.

(7) GROTIUS. — Op. cit., Prolegomena IX.

quemment Dieu, l'auteur de la nature, l'interdit ou l'ordonne » (8).

Comment arrivons-nous à connaître le droit de la nature? Par la droite raison, nous répond Grotius. Et cette « droite » raison? Par la nature des choses, nous répondra-t-on également du côté naturaliste. On tourne ainsi dans un cercle vicieux. Plus exactement, on prétend que la raison se suffit à elle-même pour connaître la nature des choses. Ce n'est que « conséquemment » que Dieu, auteur de la nature, ordonne et interdit ce que la droite raison nous indique comme une action bonne ou mauvaise. C'est dans cette proposition que se trouve contenu ce qu'on appelle en général la « laïcisation » du droit international.

II. — LE DROIT POSITIF

Le droit naturel étant défini par rapport à une nature immuable des choses, comment a-t-on pu concilier ce concept avec celui d'un droit positif? Ce dernier présentait des caractères diamétralement opposés au droit naturel. Variable dans son contenu suivant les pays et les époques, il lui manque cette immutabilité propre à la Nature et au droit naturel. Pourtant au lieu d'une séparation entre les deux ordres de phénomènes, les doctrinaires du droit naturel établissent une division du droit en droit naturel et positif et font rentrer par là même le dernier dans leur système.

Le droit positif se présente ainsi dans le cadre de la théorie générale, non point comme un droit basé

(8) GROTIUS. — Op. cit., L. I, 10, 1.

sur l'arbitraire du législateur, mais sur le consentement de l'individu, titulaire du droit naturel qui, en échange d'une protection plus efficace de ses droits, antérieurs à toute société politique, abdique sa liberté naturelle.

Grotius nous dit à cet égard: « En somme, c'est une règle du Droit naturel d'être fidèle à ses engagements, — il était nécessaire, en effet, qu'il existât parmi les hommes quelque moyen de s'obliger les uns envers les autres, et l'on ne peut en imaginer d'autre plus conforme à la nature, — de cette source découle le Droit civil. Ceux, en effet, qui s'étaient réunis à quelque association d'individus, ou qui s'étaient soumis à la domination d'un seul homme, soit de plusieurs, ceux-là avaient expressément promis, où d'après la nature de la chose on doit présumer qu'ils avaient pris l'engagement tacite, de se conformer à ce qu'aurait établi la majorité des membres de l'association, ou ceux auxquels le pouvoir a été délégué » (9).

La note de Barbeyrac, commentateur et traducteur de Grotius est très significative pour la question qui nous préoccupe. Il remarque que: « le droit civil quoiqu'il n'y ait aucune sorte de droit qui soit en lui-même plus arbitraire, n'est au fond qu'une extension du droit naturel, une suite de cette inviolable loi de la nature, que chacun doit tenir religieusement ce qu'il a promis ».

En comparaison du droit naturel le droit positif sera un droit moins parfait, un droit imparfait. Son contenu étant variable, l'unique critère qu'on puisse lui appliquer est un critère formel. Le droit positif, ou volontaire, se présentera dans la conception de la

(9) GROTIUS. — Op. cit. Prolegomena XV.

doctrine comme un ordre d'un supérieur à un inférieur. Pufendorf nous indique que « la loi positive, c'est celle qui n'est point fondée sur la constitution générale de la Nature humaine, mais purement et simplement sur la volonté du Législateur ». Ces sortes de lois ne doivent pourtant pas être établies sans quelque raison et sans qu'il en revienne quelque avantage, du moins à une certaine société. Il y en a qui appellent le Droit Positif un Droit volontaire, non que la Loi Naturelle même ne doive son origine à Dieu, mais parce que la convenance des Lois Positives avec notre Nature n'est pas si grande qu'elles soient nécessaires pour la conservation du Genre Humain pris en général, ou qu'on puisse les connaître sans une publication expresse ou une révélation particulière » (10).

La nature du droit positif se déduit de la nature de la société qu'il est censé régir. Par opposition à la société naturelle, on considère les sociétés particulières, les Etats, comme des organismes basés sur la soumission des individus qui en font partie, soit à la volonté de la majorité de l'association, soit à la volonté de certains individus auxquels le pouvoir a été délégué. Le droit dans le cadre d'une pareille société sera un ordre d'un supérieur à des inférieurs, il sera fondé « purement et simplement sur la volonté du Législateur ».

Sa valeur obligatoire émane néanmoins du droit naturel. Car si cet ordre auquel on donne le nom de droit positif ou volontaire, est dépouillé de son fondement, c'est-à-dire du consentement des individus qui composent la collectivité qu'il régit, le rapport qu'il établirait serait un rapport de pure force. Le

(10) PUFENDORF. — Op. cit. L. I, VI, p. 173.

droit positif, dans la conception de l'époque est réellement une « extension du droit naturel ». Nous dirons, pour exprimer fidèlement la pensée qui a engendré cette conception, que le droit positif est naturel par essence, sinon par existence.

III. — LE DROIT INTERNATIONAL

Telle étant la théorie générale du droit que l'école du droit de la nature a construite, quelle est la place que le droit international occupe dans l'intérieur de la théorie? Le droit international est-il un droit naturel ou positif?

Si nous prenons en considération le fait que le droit naturel a été sinon inventé du moins développé à propos du droit international, nous avons déjà un indice qui nous indique indépendamment de tout examen que ce dernier doit faire partie intégrante du droit naturel.

Si le représentant le plus savant de la doctrine, celui qui lui a donné la forme la plus achevée, Pufendorf, a admis cette solution, il n'en est pas moins vrai que nous pouvons constater chez d'autres auteurs une hésitation à cet égard, ce qui conduit à admettre une solution intermédiaire. Nous nous bornons à examiner les deux opinions contraires, — la première de Grotius, la deuxième celle de Pufendorf.

Selon Grotius, le droit international comprend la totalité des lois qui « ont pu naître, soit entre tous les Etats, soit entre la plupart de ceux-ci, en vertu de leur consentement » (11).

Pufendorf affirme, par contre, que le droit des

(11) GROTIUS. — Op. cit. Prolegomena, XVII.

gens n'est que la loi naturelle appliquée aux Etats. Il adopte à cet égard la division de Hobbes entre la loi naturelle de l'homme et la loi naturelle de l'Etat. Il souligne le fait que « les Etats, du moment qu'ils sont formés, acquièrent en quelque manière des propriétés personnelles, la même loi qui se nomme naturelle lorsqu'on parle des devoirs des particuliers, s'appelle Droit des Gens lorsqu'on l'applique au corps entier d'un Etat ou d'une nation » (12).

La solution qui paraît être logique avec le système est celle de Pufendorf. L'école du droit naturel qui voit dans le droit positif un ordre d'un supérieur à des inférieurs, dont le critère est formel, ne peut, en effet, attribuer ce caractère à la règle internationale formulée par un traité.

Il y a une considération secondaire en faveur de la thèse défendue par Pufendorf. Le droit international positif est inutile du moment qu'on admet un droit naturel qui régit la conduite des Etats envisagées comme personnes. Car, ou bien les deux droits concordent et le droit positif ne fait que confirmer un précepte de droit naturel, ou bien ils sont en contradiction et alors le traité est injuste et le droit positif inexistant.

La critique moderne a su mettre en évidence le fondement précaire sur laquelle les auteurs de l'école du droit de la nature ont bâti leur théorie. Toutes les propositions concernant un droit naturel se réduisent à une proposition unique, indémontrable et qui en fin de compte est un acte de foi dans la raison, source de toute connaissance. C'est cet acte de foi en la « droite raison » que l'école exige de ses ad-

(12) PUFENDORF. — Op. cit., II, III, p. 213.

versaires; ceux-ci mettent en doute l'existence d'une Nature telle qu'elle la définit. Nous sommes toujours sur le terrain de la connaissance déductive qui revêt dans la théorie du droit naturel sa forme la plus parfaite. Mais cette dernière n'est que la forme scientifique ou plus exactement juridique dont on a revêtu le principe énoncé par les théologiens. Car au fond, il n'y a rien de changé. Le droit international tel que nous le présente les auteurs de l'école reste un postulat même si on lui assigne comme fondement la raison et rien que la raison.

On est aujourd'hui à peu près unanimement d'accord sur le fait que l'œuvre propre à l'école était d'ériger en un système les éléments fournis par les précurseurs. Basdevant en résumant l'œuvre de Grotius conclut: « Son mérite propre est d'avoir fait la synthèse des éléments fournis par ses précurseurs ». Il ajoute plus loin: « Son œuvre a donné à des solutions déjà présentées antérieurement une forme nouvelle en les renfermant dans un système; en les condensant notre auteur a pu être considéré comme l'expression unique de la doctrine de son temps » (13).

P. Avril formule la même pensée à propos de Pufendorf: « A la vérité Pufendorf a entendu s'approprier tout le fonds commun des idées que les théologiens, les philosophes et les jurisconsultes de l'époque antérieure avaient exposées » (14).

Le mérite de l'école est, en somme, d'avoir construit une théorie. Cela équivalait à donner une image du *droit* international comme faisant partie d'un

(13) BASDEVANT sur Grotius, Pillet: Les Fondateurs du Droit international, p. 265.

(14) P. AVRIL sur Pufendorf, Pillet, op. cit.

système unitaire, — du *droit* en général, et ne pas les mettre en opposition, comme l'ont fait les théologiens. Dans la mesure où cette œuvre est une œuvre de systématisation, elle représente une tendance qui est éminemment scientifique. Mais elle constitue pas de ce fait « une science du droit international », et ses auteurs ne peuvent pas être considérés comme fondateurs de la « science » du droit international, comme il a été soutenu (15). Pour employer l'expression de Robert Flint, les études portant sur le droit international ont assumé dans l'école du droit de la nature et des gens, une forme indépendante (16).

(15) Voir Pradier-Fodéré. Introduction, p. LXXIII.

(16) Nys. — Introduction au Vitoria. Dans Classics of international law, page 9.

CHAPITRE III

LE FAIT

Le développement des sciences expérimentales a conditionné un changement de méthode dans la science en général et a assigné comme objet de toute branche de la connaissance l'observation des faits. Le mouvement que nous venons d'indiquer a eu sa répercussion sur la science juridique en général et sur la science du droit international en particulier. Quel était le postulat que la nouvelle méthode formulait, par rapport à la science du droit, en premier lieu ? Reconnaître dans le fait d'observation qu'on qualifie « droit » un fait possédant certains caractères rassemblés sous l'appellation de valeur juridique, caractères intrinsèques à la donnée de l'observation constituant par là-même un domaine propre, objet d'une science propre. Quel était ce même postulat formulé par rapport à la science du droit international ? Démontrer, dans l'ordre international, la présence du même fait.

Si tel était le postulat, la réalité, en l'espèce la science du droit international, était loin de s'y conformer immédiatement. En toute éventualité, pouvons-

nous distinguer deux étapes sommaires dans la marche vers la réalisation de cet idéal. La répercussion immédiate de la nouvelle méthode consistait à attribuer au droit international une existence extérieure, cette existence n'ayant cependant, dans la conception des auteurs, qu'une valeur secondaire, une valeur d'indice ; la valeur juridique provenait d'une personne ayant ou créant ce droit : l'Etat. Nous appelons cette conception : subjectiviste, parce qu'elle identifie l'Etat à une personne humaine et fait émaner d'elle l'ordre juridique international. Cette phase de la science du droit international est caractérisée par la prépondérance d'un point de vue subjectif. La conception inverse verra, dans le fait juridique, une donnée indépendante du sujet dont il régit la conduite. Elle se fondera sur un point de vue objectif.

I. — LE POINT DE VUE SUBJECTIF

a) *Droit des gens positif et droit naturel*

Les nouvelles idées scientifiques dont nous venons d'indiquer le contenu, ont rencontré une opposition fondamentale dans les idées en cours sur un droit de la nature. Si nous devons, pourtant, à cet antagonisme un droit des gens « positif », la valeur de ce dernier paraît reposer, indépendamment de tout examen, sur une base peu stable.

En restant toujours sur le terrain du droit de la nature, les auteurs s'efforcent de présenter une solution différente de celle qui a prévalu auprès de la plupart de leurs prédécesseurs. Contrairement à ceux-ci, ils veulent voir dans le droit des gens un droit qui ne trouve pas son fondement uniquement

dans la raison, mais qui s'extériorise, qui est positif. C'est la solution que Grotius nous a donnée dans la préface de son *De Jure Belli*, solution à laquelle, d'ailleurs, il ne s'est point conformée dans le traitement de la matière. Au lieu de donner, en effet, le droit positif de son temps, il a préféré le tirer des exemples de l'antiquité. Le professeur Basdevant met très bien en lumière cette contradiction quand il dit : « ...mais n'est-ce point contradictoire à ses » conceptions du droit des gens volontaire ? Ce droit » est fondé sur l'usage des nations, or, il faut prendre cet usage tel qu'il est ; la recherche des règles » meilleures n'a rien à voir dans une partie du droit » qui, par définition, est la constatation de pratiques existantes » (17).

Il n'en reste pas moins vrai que la solution de Grotius assignait comme tâche au juriste de ne prendre en considération que le droit positif de l'époque et refusait à ce dernier les lumières d'un droit naturel.

Mettre en pratique cette solution, tel était le but que s'est proposé la branche positiviste de l'école.

Nous avons vu que, dans la théorie du droit naturel, les Etats sont en quelque sorte assimilés aux personnes humaines, ont des droits et devoirs en tant que telles et se trouvent l'un à l'égard de l'autre dans un état de nature. Un droit positif ou volontaire qui régit, au cas échéant, leur conduite, se conçoit donc exactement comme pour les individus, c'est-à-dire sur la base de leur consentement. C'est dans ce consentement exprimé principalement sous forme de traités

(17) BASDEVANT sur Grotius dans Pillet: Les fondateurs du Droit international, page 235.

passés entre divers Etats, que les positivistes ont cru apercevoir l'objet de leur étude.

Toute difficulté était exclue aussi longtemps que les positivistes ne voyaient leur tâche que dans le fait de classer et inventorier les divers traités qui paraissaient présenter une certaine importance. Ils réussirent à dégager des principes de la masse des traités, et, à ces principes, ils donnèrent le nom de droit des gens « européen » (18).

Cela revenait à affirmer que le droit des gens est privé du caractère universel, qu'il est empirique d'une part et qu'il repose sur un consentement arbitraire des Etats d'autre part. Deux affirmations en contradiction absolue avec les dogmes de l'école du droit naturel qui considérait le droit des gens basé sur un fondement préétabli et immuable. La branche positiviste était donc mise devant l'alternative de rompre avec la conception dont elle était issue, ou de ne voir, dans un droit des gens positif, que l'expression plus ou moins fidèle d'un droit naturel. C'est cette dernière conception qui triomphe. Nous en trouvons une formule très claire dans l'œuvre de Bluntschli: le droit international *codifié* (19). L'auteur spécifie que « l'acceptation et la mise en pratique d'un principe par les nations, *consensus gentium*, a une portée considérable plutôt comme expression des convictions de l'humanité que comme manifestation de la volonté des divers Etats. De même que la non observation d'une règle de droit dans quelques cas isolés ne saurait abroger cette règle, de même la

(18) L'œuvre la plus remarquable dans cet ordre d'idées est celle de J. J. Moser: Versuch des neuesten europäischen Völkerrechts, in Friedens und Kriegszeiten.

(19) BLUNTSCHLI. — Le Droit international codifié, p. 61.

résistance d'un Etat ne le libèrerait point de l'obligation de respecter ses devoirs vis-à-vis des autres. »

Bluntschli nous met donc en présence d'une règle de droit qui possède une validité, indépendamment de sa « mise en pratique ». Le résultat auquel il est arrivé est nécessaire et caractéristique pour toute conception qui part d'un droit naturel. Ne voyant dans le droit positif qu'une forme conférée à une règle supérieure impossible à saisir par l'observation, elle arrive logiquement à considérer la règle indépendamment de sa forme.

En l'espèce, le traité en tant que tel n'a point de valeur. Ce n'est qu'en tant qu'il contient une règle antérieure qui dérive de la nature des choses, de la nécessité suivant Bluntschli, qu'il possède une valeur juridique. L'Etat étant assimilé à une personne, il est considéré comme titulaire des droits qui découlent de la nature. L'Etat arrive à posséder des droits, il est sujet de droit.

Droits et devoirs des Etats, tel sera le thème principal qui guidera les auteurs à travers leurs études. Le droit des gens se trouve réduit à un droit subjectif de l'Etat, droit que les autres Etats sont tenus de respecter. Le professeur G. de Lapradelle attire, à juste titre, l'attention sur les conséquences qu'amène une pareille conception de la manière de traiter le sujet. « Jusqu'à présent, nous dit-il, la tendance de ceux » qui écrivent ou professent sur le droit international est de placer leurs développements dans un » cadre qui, pour la première fois, a été fixé par les » Institutes de Justinien. » Il ajoute plus loin : « ...les » internationalistes examinent successivement les » personnes, les biens, puis les modes d'acquisition » auxquels on joint naturellement les traités, enfin

» les actions, la procédure pacifique ou guerrière » (20).

La conception entière tourne ainsi autour d'un axe qui est l'Etat érigé en personne et ayant des droits immuables. A quoi se réduit la valeur des faits à l'égard d'une vue pareille des choses ?

Sa valeur juridique propre ayant été déniée, il ne constitue que l'indice d'une règle que, seule, la raison peut saisir.

En d'autres termes, il n'en constitue que l'expression, la confirmation et ne participe de sa valeur que dans la mesure où elle exprime et confirme cette règle. Retournant à son point de départ, la branche positiviste fournit la preuve de l'impossibilité qu'il y a d'ériger un droit des gens positif sur la base du droit naturel. Ce fait confirme le résultat auquel est arrivé le théoricien du droit nature Pufendorf. En parlant du « prétendu droit des gens positif et particulièrement du droit des gens conventionnel, il dit : « Je n'ignore pas que quelqu'un a voulu rapporter au droit des gens les conventions particulières à deux ou plusieurs peuples qui se font par traité d'alliance ou par traités de paix. Car, quoi qu'on soit obligé de garder inviolablement ces conventions en vertu d'une maxime de la Loi Naturelle qui nous ordonne de tenir notre parole, on ne saurait leur donner, à cause de cela, le nom de Loi que dans un sens impropre... Et, après tout, elles ne constituent pas plus une espèce particulière de Droit que les contrats particuliers de Citoyen à Citoyen, qui, certainement, ne font pas

(20) G. DE LAPRADELLE. — Les principes généraux du Droit international. Collection Carnegie.

» partie du corps du droit civil, qui appartiennent
» plutôt à l'histoire » (21).

b) *Le droit international est positif.*

Pour que la science du droit international s'exercât sur des données de l'observation, il fallait que les données en question possédassent une valeur juridique propre. Le but d'un nouveau courant de pensée était de démontrer que le fait d'observation, le droit des gens positif des doctrinaires du droit naturel, possède cette valeur. Cela revenait à couper la liaison qui reliait le droit naturel au droit positif, enlever toute valeur juridique au premier, ne voir du « droit » que dans le dernier. Les nouveaux positivistes ont réagi ainsi contre l'école du droit de la nature. Ce sont principalement les juristes anglais, toujours à tendance pratique, qui ont refusé catégoriquement d'accepter au sein du droit un postulat de la raison. Dans son traité de droit international, Hall tient à affirmer « qu'aussi grande que puisse » être l'utilité d'un critère absolu comme donnant la » ligne à suivre vers la réalisation d'un idéal, ce » serait une erreur de voir dans ce critère la mesure » de la validité des pratiques existantes » (22).

Ces pratiques existantes sont les faits qui nous ont été présentés par les positivistes de l'école du droit de la nature, traités et coutumes, mais ayant cette fois-ci une valeur qu'ils ne tiennent pas du droit naturel. Cette valeur, ils la possèdent du fait qu'ils constituent une acceptation par l'Etat de certaines règles de conduite... Cette acceptation ne restreint

(21) PUFENDORF. — Op. cit. Livre II, chapitre III, XXIII.

(22) W. HALL. — Treatise on International Law. Eighth, edition, page 5.

en rien la liberté de l'Etat. Suivant Lawrence, « une » personne fictive n'a pas perdu une partie de sa » souveraineté, quand elle s'engage très librement » pour l'avenir a une suite déterminée d'actes ou » d'abstentions... Sa souveraineté réelle, c'est-à-dire » son droit de diriger sa destinée, n'est pas affaiblie » quand elle entre en relation avec ses semblables, » ce qui implique des concessions et des restrictions » mutuelles... » (23).

Pour démontrer que le fait en question est d'ordre juridique, le nouveau positivisme a dû surmonter les critiques auxquelles il était exposé de la part de l'école analytique. Ce dernier ne voyait dans le phénomène « droit » que ce qu'il paraît dans l'ordre de l'Etat, un ordre d'un supérieur à un inférieur, issu d'un législateur, exécuté par un pouvoir exécutif et contrôlé dans son application par le juge. Critère essentiellement formel, sur le fondement duquel on se refusait à voir dans le fait international autre chose qu'une morale internationale positive (24).

Le consentement des Etats comme fondement du droit international paraissait ainsi par trop arbitraire à ces auteurs. Une vue historique du droit, élaboré principalement par rapport au droit interne, a servi de modèle à la nouvelle école dans l'explication qu'elle a tâché de fournir de la valeur obligatoire du fait international. Elle a cru voir dans le consentement un fait analogue au « consensus » du droit coutumier, et, partant de cette conception, le droit international lui est apparu comme identique dans son élaboration à la coutume. Dans cet ordre d'idées,

(23) LAWRENCE. — Les principes du Droit international. Traduit par Jacques Dumas et A. de Lapradelle, p. 53.

(24) Voir: AUSTIN, *Lectures on Jurisprudence*.

nous voyons le consentement changer imperceptiblement de contenu. Il apparaît d'abord tacite, sous-entendu, puis se transforme dans une conviction du droit, dans une conscience du droit. (25).

Le consentement de l'Etat, qui paraissait d'abord un critère fixe, se transforme, se volatilise. La « conviction du droit » n'est, au fond, plus identique au consentement. On ne peut même plus parler de consentement, puisqu'une conviction ou une conscience du droit n'est que le signe extérieur sous lequel se manifeste une règle, et c'est cette dernière qui confère une valeur juridique au fait international, et non point la conviction ou la conscience du droit. Mais ici nous quittons déjà le terrain sur lequel l'école consensuelle a voulu édifier son droit international.

Si nous admettons l'existence d'un être qui s'appelle Etat, il n'est que très naturel de lui attribuer une volonté et de fonder sur cette volonté le droit international.

La théorie qui assigne comme fondement du droit la volonté de l'Etat paraît être ainsi la plus conséquente qui ait été édiflée sur l'hypothèse de l'Etat ayant une existence et une personnalité propre. L'enchaînement des idées allant d'une existence réelle de l'Etat à une volonté, et de cette volonté au droit conçu comme expression de cette volonté, est rigoureusement logique.

(25) Oppenheim. Treatise on International Law, page 21: International jurists speak of a custom when a clear and continuous habit of doing certain actions has grown up under the aegis of the conviction that these actions are, according to international law, obligatory or right.

Le fait international trouvera son fondement dans la volonté unilatérale de l'Etat. Le principal représentant de cette doctrine, Jellinek, nous dit, en effet, dans son traité de droit constitutionnel : « La dernière décision quant à son existence (du droit international) appartient aux collectivités qu'il doit régir, elle appartient aux Etats. Du moment que ces derniers reconnaissent le droit international comme étant obligatoire à leur égard, son existence est désormais fondée sur des bases stables, en raison de la nature psychologique de tout droit » (26).

Cette dernière décision appartient-elle vraiment aux Etats que le droit international doit régir ? Ou, plus exactement, ce droit régit-il réellement l'Etat auquel il est redevable pour son existence ? Il faudrait imaginer un être qui puisse créer le droit et, en même temps, se limiter soi-même par le droit qu'il a créé. Tant qu'on voit dans l'Etat un être doué de volonté, l'hypothèse supporte toutes les critiques.

« Seule, une volonté commune, formée par une union de volontés de plusieurs ou de beaucoup d'Etats, peut être la source du droit international » (27). Telle est l'unique solution pour l'esprit qui ne voit le fait international qu'à travers une personnalité de l'Etat et se refuse en même temps à l'imputer à la volonté unilatérale de cette personnalité. Si cette volonté unilatérale est capable de créer ce qu'on appelle le droit interne, dans l'ordre international, elle est incapable à elle-même d'engendrer un effet juridique.

L'effort de démonstration du droit international sur cette base, aboutit à un dualisme dans le domaine du droit entre deux systèmes qui se présen-

(26) JELLINEK. — Allgemeine Staatslehre, page 365.

(27) TRIEPEL. — Landesrecht und Völkerrecht, page 32.

tent comme indépendants, ou, suivant l'expression de la théorie, irrelevantes l'un de l'autre, leur source et leur contenu étant différents. Ce dualisme s'est établi par l'adjonction d'un deuxième terme au terme unique que comportait la théorie volontariste : la volonté de l'Etat, source unique du droit ne sera considérée que comme la source du droit interne ; dans l'ordre international une deuxième source fait son apparition : l'accord des volontés (*Vereinbarung*).

Peut-on vraiment admettre une pareille source de droit sur la base de l'Etat-personnalité ? Nous pensons que ce n'est guère possible. Le droit étant considéré comme une manifestation de volonté, la nature psychologique de tout droit, pour employer l'expression de Jellinek, exclut la possibilité de fonder un système juridique sur la base de plusieurs volontés. Du moment qu'on admet que la volonté de l'Etat crée le droit, il faut voir dans cette volonté la seule qui soit capable de produire un effet juridique.

II. — LE POINT DE VUE OBJECTIF

Les diverses conceptions que nous venons de passer en revue ont ce trait de commun qu'elles font reposer l'ordre international sur l'Etat considéré comme une personnalité. Cette vue du phénomène étatique les contraint à concilier deux termes en opposition nette et irréductible : le champ d'action naturellement illimité de cet être qu'on appelle souverain, et la valeur objective de toute règle juridique. La théorie qui a été la plus conséquente avec ce dernier point de vue a édifié le droit international sur la volonté unilatérale de l'Etat. On lui a reproché

de nier par là-même non seulement le droit international mais le « droit » tout court. C'est le résultat auquel est arrivé une opinion qui voyait dans le droit une règle de conduite indépendante des sujets auxquels il s'applique. Le sens de l'expression : sujet de droit, exprime d'ailleurs très clairement ce rapport.

Sans doute pouvons-nous trouver déjà dans les doctrines volontaristes cette opposition entre le droit et le sujet dont il régit la conduite. Mais, comme l'a remarqué à juste titre Kelsen, la conception qui voit dans le droit une qualité inhérente au sujet, enlève cette qualité au sujet individuel et la confère à un sujet collectif : l'Etat. La liberté de l'individu, pour employer une expression tirée de la psychologie, « se sublime » dans la souveraineté, la volonté illimitée de l'Etat.

Analysant le rôle de la volonté dans l'acte juridique, Duguit arrive à la conclusion que cette volonté est incapable à elle seule de conférer à l'acte un effet juridique. Il établit à cet égard une comparaison avec le phénomène naturel « voulu » par l'homme. « On dit souvent que le résultat définitif est voulu par le sujet, qu'il constitue l'intention du sujet. En réalité, ce n'est pas exact. Tout ce qu'on peut dire, c'est qu'en voulant déclencher un certain mouvement corporel, l'agent sait que s'il agit ainsi, il se produira un certain résultat par l'application d'une loi naturelle tout à fait indépendante de lui-même » (28).

Si la volonté est incapable de créer le droit, Duguit n'entend parler que de la volonté de l'individu.

(28) DUGUIT. — Traité de Droit Constitutionnel, tome I, page 324.

L'Etat, selon lui, n'a point de personnalité, point de volonté en conséquence. S'il parle de sujet de droit, il n'entend parler que de « l'individu humain conscient de ses actes ». C'est sous cette forme qu'il se trouve affirmé le principe que la règle de droit est indépendante du sujet dont il régit la conduite. Si on peut désormais parler de personnes dans le monde du droit, c'est dans un seul sens : personnes sujettes au droit. Il conclut sa démonstration de la façon suivante : « Parler de sujet de droit, de personne juridique, c'est dire tout simplement que l'homme conscient de ses actes est soumis, dans ses rapports avec les autres hommes, à des règles qui s'imposent à lui sous une sanction sociale plus ou moins organisée et qui constituent le droit objectif du groupement social dont il fait partie » (29).

Un point de vue subjectif cède la place à un point de vue opposé.

a) *Le fait social.*

Ayant démontrée que la valeur de la règle de droit est indépendante du sujet dont il régit la conduite, la doctrine dont nous venons d'indiquer les directives, a pu donc nier, à juste titre, que l'individu ou l'Etat soient capables de créer la règle de droit. La table rase qu'elle a faite des concepts de « droit subjectif » et de « souveraineté », peut être considérée comme la principale acquisition de la part critique, négative de la doctrine qui se nomme « réaliste ».

Sa tâche positive consistait à démontrer d'où la règle de droit, le fait juridique, tire sa valeur.

A cet égard, la sociologie moderne lui a présenté

(29) DUGUIT. — Op. cit., tome I, page 524.

une image de la société, organisme naturel régi par des lois causales, identiques par conséquent à celles qui régissent les phénomènes naturels. Suivant l'expression de son principal représentant, Emile Durkheim, elle voulait « intégrer la science sociale dans » le système général des sciences naturelles » (30).

Pareille conception de la société aurait dû se présenter au juriste comme inacceptable. Car, pendant que ce dernier voit dans la loi régissant la société un impératif, où les deux termes qu'elle relie, la cause et l'effet, sont le produit d'un « devoir », la sociologie considère la relation entre les deux termes comme nécessaire, et, en opposition à l'impératif, dans l'indicatif.

C'est pourtant cet image de la société que la nouvelle doctrine fit sienne. Sans préjuger sur la valeur de cette acceptation, nous pouvons y voir une réaction très nette contre la dernière forme qu'a revêtue le subjectivisme, la doctrine de l'Etat-volonté. Peut-être était-on, au fond, plus juriste qu'on ne le pensait au premier moment, quand on a préféré voir dans le fait juridique un fait nécessaire plutôt qu'une manifestation de la volonté arbitraire de l'Etat. Ce faisant, on avait peut-être présent à l'esprit le dicton de l'impérialisme romain : « Quod principi placuit habet legis vigorem ».

Comment a-t-on pu dégager du concept d'une loi nécessaire, causale, le fait juridique ?

Duguit donne le nom de « norme » à la loi causale qui détermine l'attitude de l'individu par rap-

(30) Revue Internationale de l'Enseignement, 1888, p. 29, cité par Charmont: La Renaissance du Droit naturel.

port à la société. Cette norme se présente sous deux formes : norme économique et norme morale. Nous passons la parole à l'auteur : « Une règle économique ou morale devient norme juridique lorsqu'a pénétré dans la conscience de la masse des individus composant un groupe social donné, la notion que le groupe lui-même, ou que ceux qui y détiennent la plus grande force, peuvent intervenir pour réprimer les violations de cette règle. Sous une autre forme, il y a règle de droit quand la masse des individus composant le groupe comprend et admet qu'une réaction contre les violateurs de la règle peut être socialement organisée » (31).

Par conséquent, c'est la conscience du caractère nécessaire de la règle ou de la loi causale (économique ou morale) qui fait rentrer cette dernière dans le domaine juridique. La loi causale dans la conscience des individus se présente comme une règle qui détermine ce qu'on doit et ce qu'on ne doit pas faire. La doctrine attache à cette conscience du « droit » le nom de règle normative. La règle constructive pourvoit aux moyens nécessaires pour mettre effectivement en vigueur les prescriptions contenues dans la totalité des règles normatives.

Ces règles en vigueur constituent le droit positif d'une certaine société. En tant qu'ils sont la réalisation des règles normatives, ils contiennent les prescriptions du droit objectif. Mais la doctrine est conduite à admettre que ce droit positif peut être en conflit avec le droit objectif, dans la mesure où les règles constructives ne s'adaptent pas à la conscience du droit. Dans ce cas, le droit positif sera un droit antijuridique.

(31) DUGUIT. — Op. cit., p. 94.

Le champ de connaissance que constitue le droit international a offert au juriste sociologue un terrain où il a pu appliquer entièrement sa science. Dans le droit interne, la loi causale se trouve en quelque sorte cristallisée dans le droit positif ; le droit objectif, ou, plus précisément, son étude, n'occupe qu'une part relativement restreinte. Le juriste est forcé de prendre son point de départ, dans les règles actuellement en vigueur, dans le droit positif. Le cas est évidemment tout autre pour le droit international où la part principale revient au droit objectif, à la règle de droit non encore élaborée par la technique de la société qu'elle régit. Dans ce domaine, le savant peut établir l'existence des lois causales (32). Le phénomène social étant assimilé à un phénomène du monde organique, il n'était que très compréhensible de la part du sociologue d'appliquer à son objet la loi dégagée par les sciences naturelles : l'évolution. Les phénomènes sociaux présenteront ainsi un côté transformation, un côté devenir qui réside dans leur nature comme dans celle des êtres organiques. En appliquant ce phénomène au cas qui nous occupe, l'école réaliste nous dira que le droit international est engendré par le fait social international.

Quant Duguit se demande s'il existe un droit international, la question équivaut pour lui à se demander s'il existe une société internationale. Du moment que l'observation des faits nous donne l'affirmative, l'existence d'un droit international se trouve établie par voie de conséquence.

Dans son Précis de Droit des Gens, Scelle énonce de la façon suivante le principe qui a légitimé la déduction : « la survenance de rapports d'échange en-

(32) SCELLE. — Précis de droit des gens, I, p. 5.

» tre individus appartenant à des collectivités poli-
» tiques distinctes, crée des collectivités nouvelles se-
» crétant leur propre système juridique, lequel con-
» ditionne *ipso facto* les systèmes juridiques préexis-
» tants. Ce phénomène nécessaire des rapports inter-
» nationaux... constitue ce que l'on peut appeler le
» phénomène de fédéralisme juridique pur ou inor-
» ganique » (33).

Se basant sur cette loi de l'évolution sociale, l'auteur distingue dans l'ordre international trois formes sociales que cette loi a engendrées.

La première forme sociale est constituée par les sociétés *inter-étatiques*. Ces dernières sont basées sur la survénance de rapports sociaux entre individus appartenant à diverses collectivités. Quoique dépourvues d'institutions communes, elles possèdent un droit qui les régit et qui découle, soit de la coutume, soit des traités ou des principes généraux de droit spontanément dégagés par les collectivités faisant partie de cette société. Partant du fait que des relations sociales existent actuellement entre toutes les collectivités, c'est-à-dire entre tous les habitants de la terre « en puissance » l'auteur conclut à l'existence d'une Société globale, à l'existence d'une Communauté du droit des gens.

La société *super-étatique* est une forme sociale plus développée. Les collectivités de base possèdent en commun des institutions et des organes. La S. D. N. représente pour l'auteur une société de cette catégorie.

Une dernière forme sociale est constituée par la survénance de rapports sociaux entre individus de

(33) SCHELLE. — Op. cit., I, p. 32.

diverses collectivités qui, vu le but qu'ils se proposent d'atteindre, ne recourent pas à une organisation modelée sur le type de l'Etat. Elle est, pour cette raison, une société *extra-étatique* (l'Eglise, par exemple) (34).

Le droit international étant un effet par rapport à la cause qui le produit, — le fait social international, — il se modèle pour ainsi dire sur la structure de la société d'où il procède. De même que les sociétés internationales sont formées par la fusion progressive des collectivités de base en un tout, de même le droit international englobera dans son système unique les systèmes juridiques préexistants. Le droit interne devra nécessairement s'adapter au droit international puisqu'il est dans un rapport de subordination à l'égard de lui. En d'autres termes, la norme internationale prime nécessairement la norme interne... Son caractère obligatoire dérive, — comme le caractère obligatoire de la règle de droit en général, — de la nécessité des rapports sociaux qu'il régit.

Emettre, dans ces conditions, un doute sur l'existence du droit international paraît paradoxal. En assignant comme base de l'édifice international le fait social, l'école réaliste croit fonder le droit international sur une certitude scientifique. Par conséquent, il existe un seul cas où elle se verrait dans l'obligation de réviser sa construction : au cas notamment où on mettrait en doute la réalité, l'existence du fait sur l'observation duquel repose sa théorie : le fait social. C'est sur ce seul point qu'on pourrait mettre en doute l'affirmation de M. Le Fur, qui nous dit : « Puisqu'il existe une société humaine,

(34) SCELLE. — Op. cit., p. 49 et suivantes.

» puisque les divers Etats ont aujourd'hui des rap-
» ports entre eux et forment une société encore assez
» lâche, mais une société cependant, c'est donc qu'il
» y a un droit international » (35).

Le rapport de dépendance que l'école réaliste établit entre le droit et le fait social, sa conception du droit tout court, la situe dans un mouvement d'idées qui a été corrélatif au développement des sciences naturelles et qui arrive à incorporer le droit dans cette dernière science.

Sans doute considérerait-on déjà bien avant le développement des sciences naturelles, le droit, comme étant en étroit rapport avec la société qu'il régit, le temps et le lieu où il s'applique, le climat et d'autres facteurs, ce qui a suggéré à Montesquieu sa célèbre définition du droit : « Les lois sont les rapports nécessaires qui dérivent de la nature des choses ». La nouvelle tendance ne fait que développer et approfondir cette vue, quand elle voit dans ce rapport nécessaire une fonction qui s'établit entre la totalité des facteurs donnés, ceux-ci constituant le « milieu » et leur résultante, le droit. La définition que GénY arrive à nous donner du droit reflète fidèlement cette conception : « Ainsi caractérisé, on peut dire » que le droit représente une fonction spécifique de » la vie commune de l'humanité, en étroit rapport » avec toutes les autres fonctions de cette vie, aux- » quelles il doit se joindre, et, au besoin, s'adapter, » pour contribuer avec elles, à permettre de réaliser la fin suprême de la Société » (36).

(35) LE FUR. — Précis de Droit international public, p. 160.

(36) GENY. — Science et technique en droit privé positif, I, page 52.

Manifestation de vie, le droit se trouve réduit à un phénomène d'ordre biologique. Les raisons qui conduisent à cette conclusion sont plausibles, car du moment qu'on considère la société comme un phénomène d'ordre naturel, les lois qui la régissent ne peuvent être que d'ordre biologique. Scelle nous expose cette solution en rappelant le rôle des premiers législateurs : « Ils traduisent, parce que mieux informés, en une norme sociale, c'est-à-dire en un devoir d'agir conscient, une contrainte biologique » (37). Les vues du juriste et du biologiste se rejoignent sur le terrain social. W. Trotter considère dans cet ordre d'idées la société, comme l'expression biologique de la structure pluricellulaire des organismes supérieurs (38).

On ne peut mettre en doute le résultat de cette conception sans examiner la base sur laquelle elle a été édifiée. Le point de départ a consisté dans l'affirmation que la société se présente à l'observation comme une donnée du monde naturel, qu'elle constitue un phénomène équivalent aux autres phénomènes dans sa formation et dans ses diverses manifestations en général. Une pareille conception peut, au besoin, expliquer la société considérée comme un ordre imposé par la nature, rigide et immuable, comme la société des insectes qui doivent leur existence réellement à la nature, en espèce à une différenciation biologique et à une répartition naturelle des fonctions sociales. Elle n'arrive pas à saisir la société humaine qui n'est pas un ordre imposé par la nature mais un ordre que l'homme impose sur soi-même et

(37) SCELLE. — Op. cit., p. 3.

(38) W. TROTTER. — Instinct of the herd in peace and war.

auquel, par conséquent, il ne se trouve point soumis par une nécessité d'ordre biologique.

Ce caractère de la société humaine a échappé à la conception naturaliste parce qu'elle a vu dans la société l'ordre déjà réalisé et faisait abstraction de la manière *comment* cet ordre se réalise. L'examen de ce dernier point nous révèle que la société, en tant qu'ordre déterminé, repose sur le « devoir » de chacun des membres de la société de se conformer à une certaine conduite, devoir qui, au cas où elle fait défaut, amène la disparition de l'ordre en question. C'est le mérite de Kelsen d'avoir donné la démonstration que, dans une conception naturaliste, la société apparaît comme un groupe d'hommes qui vivent organisés et non pas ce qu'il est réellement, — un ordre enjoignant une certaine conduite humaine (39).

L'école réaliste a cru éluder l'antagonisme qu'il y avait entre le caractère obligatoire de la norme juridique et le caractère nécessaire de la loi causale, en ajoutant à la dernière ce qu'elle appelle la conscience de sa nécessité. La caractéristique de toute règle juridique étant de changer une certaine attitude, de créer une certaine conduite humaine, à quel facteur allons-nous rattacher cet effet ? Si c'est à la loi causale, il est superflu d'imaginer une norme juridique ; si c'est à la norme juridique, il est inutile de spéculer sur une loi causale. Nous voyons l'école rattacher cet effet à la loi causale et ce n'est qu'en second lieu qu'elle établit une norme qui emprunte sa valeur obligatoire au caractère « nécessaire » du rapport qu'elle est censée régir. Ce rapport, ce n'est donc pas la norme qui la crée.

(39) KELSEN. — Allgemeine Staatslehre, p. 96-97.

Cette conception ne nous offre, en effet, aucun critère substantiel pour distinguer le fait juridique du fait qui ne l'est pas, le droit de ce qui n'est pas le droit. Partant d'une considération sur la « nature » du phénomène « droit », on arrive à dissocier cette nature du phénomène ; au lieu de dire que le droit *est* objectif, on prétend qu'il y a *un* droit objectif ou un droit idéal, indépendant des règles en vigueur dans une société donnée. De cette manière, on abandonne le terrain qui sert de champ d'observation au juriste, — le fait juridique ; ce dernier, au lieu d'être un point de départ, ne constitue que l'aboutissement, et rien que dans la mesure où il concorde avec les prétendus prémisses, qui ont leur source dans la nature des choses. Ce côté de l'activité du juriste qui consiste à dégager les règles de la nature, GénY le définit de la façon suivante : « Il s'agit de constater » purement et simplement ce que révèle la « nature » sociale », interprétée d'après elle-même ou suivant les inspirations d'un idéal supérieur, pour » aboutir à des règles d'action, dont le fondement » sera d'autant plus solide qu'elles contiendront » moins d'artificiel ou d'arbitraire. Et c'est ce que » j'appelle le *donné*, qui doit formuler la règle de » droit, telle qu'elle ressort de la nature des choses » et, autant que possible, à l'état brut » (40).

Il arrive ce fait qui accompagne nécessairement toute théorie basée sur un droit naturel : la « nature » n'est que le reflet de la conception que le sujet se forme du monde, elle est l'image de ses idées ou de son « idéal supérieur ». Nous aboutissons à un subjectivisme complet et quittons, par là-même, le domaine scientifique.

(40) GENY. — Op. cit., I, p. 97.

Avec l'épanouissement de cette conception, nous assistons, suivant l'expression de Charmont, à une renaissance du droit naturel (41). C'est dans ce cadre que se place la théorie réaliste du droit, malgré son apparence de rigueur et d'objectivité scientifique.

LE FAIT JURIDIQUE

La critique que Kelsen adressait à la conception dont nous venons de retracer les traits principaux, était fondée sur un point de vue entièrement négligé par les juristes. L'école réaliste voulant être scientifique et saisir son objet par une méthode scientifique, ne voyait la possibilité de celle-ci que s'exerçant sur des phénomènes du monde naturel. Par suite de cette conception, elle était amenée à identifier le phénomène « droit » à un phénomène naturel, tel qu'il nous la présentait sous la forme du fait social. Ce point de vue excluait *a priori* tout examen portant sur le fait de savoir si le phénomène en question est identique dans son contenu au phénomène naturel. Si paradoxal que cela puisse paraître, ce point de vue excluait tout examen portant sur la nature du phénomène envisagé.

Le dicton emprunté à Goethe que Kelsen place à la tête de son traité de droit constitutionnel, indique une rupture avec cette conception : « en art et dans » les sciences comme en action, il importe que l'objet en vue soit bien perçu et traité suivant sa » nature. » (42)

(41) CHARMONT. — La renaissance du droit naturel.

(42) KELSEN. — Op. cit.

Cette proposition suppose que les phénomènes ne sont pas du même ordre, qu'ils diffèrent dans leur nature. Appliquée à la connaissance, cette vue suppose qu'il n'y a pas nécessairement une « Science » qui englobe tous les phénomènes, mais qu'il peut y en avoir plusieurs, suivant la nature des phénomènes sur l'observation desquels elle se fonde.

Il faut bien se garder de confondre cette vue avec la conception qu'on avait d'une « nature » immuable au XVII^e et XVIII^e siècles. Tout ce à quoi elle prétend, c'est un examen portant sur la nature des phénomènes qu'on se propose d'étudier. Elle subordonne toute considération ayant trait à une nature d'un certain phénomène, à l'observation du même phénomène.

C'est ce dernier postulat qui a amené Kelsen à regarder de plus près le phénomène « droit » et à distinguer sur la base de cet examen entre deux ordres de phénomènes : les premiers reliés les uns aux autres par une loi nécessaire, causale, et dont le schéma est « a est égal à b » ; les seconds phénomènes étant tels que la liaison entre la cause et l'effet s'établisse par un « devoir » et dont le schéma est « a doit être b ». Cette division entre les deux ordres de phénomènes entraîne une division de la connaissance en deux branches distinctes suivant les phénomènes sur lesquels elle s'exerce : les sciences logico-expérimentales portant sur les phénomènes nécessaires et les sciences normologiques dont l'objet est constitué par des normes (nom donné aux phénomènes du deuxième ordre) (43).

La nature du fait juridique, que l'école réaliste a négligé d'examiner, apparaît ainsi en pleine lumière.

(43) KELSEN. — Op. cit., p. 14.

Elle se différencie nettement du fait naturel. Etant donné qu'il a pour contenu la réglementation de l'action humaine, qu'il ordonne une certaine action ou une abstention, il s'oppose à la totalité du premier ordre de phénomènes, au monde de « l'être », inerte et déterminé dans son existence. Tel est le dualisme qui s'établit entre l'être et le devoir. »

Le fait juridique se distingue de la norme en général par son caractère de contrainte. Il ne présente le caractère de norme qu'en tant que la sanction qu'il édicte se relie à une norme qui commande une certaine conduite. Pour donner une illustration de son contenu, nous pouvons prendre un exemple concret. Une règle de droit énoncera que « si une personne » vole un objet, elle sera punie d'une peine de... ». Telle étant la règle de droit, cette dernière suppose une norme ordonnant une certaine conduite qui, en l'espèce, sera la suivante : « on ne doit pas voler ».

- Formuler une règle de droit équivaut donc à munir de sanction un fait illicite en partant d'une certaine norme prescrivant une action ou une abstention. Toute norme juridique est, suivant l'expression de Kelsen, le jugement hypothétique qui fait d'un acte de contrainte la sanction d'un fait illicite (44). Elle se présentera à l'observateur comme un chaînon dans un système où la contrainte formulée n'est que la mise en exécution d'une prescription plus générale, elle-même exécution par rapport à une norme supérieure. Dans cette propriété, le fait juridique présente une analogie avec la décision juridictionnelle qui, dans la mesure où elle applique la loi à un cas d'es-

(44) KELSEN. *Théorie générale du Droit international*, publié dans le *Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye*, année 1932, p. 125.

pèce, se présente comme exécution par rapport à la norme supérieure, et dans la mesure où la décision donne naissance à une règle ordonnant sa mise en exécution, elle se présente comme décision, ou prescription à son égard.

Toute norme juridique sera exécution par rapport à une norme supérieure dont elle est issue et prescription par rapport à une norme qu'elle engendre. En remontant ainsi dans la série des normes dans leur enchaînement logique, nous trouverons une norme qui est prescription à l'égard d'une norme inférieure mais n'est point exécution par rapport à une norme supérieure. Dans l'ordre juridique positif, cette norme trouve son expression dans la constitution. Elle ne s'identifie pas cependant avec elle. Les règles de la constitution, considérées comme normes juridiques positives présupposent nécessairement une norme que Kelsen appelle « originaire » et par rapport à laquelle elles se présentent comme exécution. Cette norme originaire dont le système juridique tire sa validité est donc hypothétique. En effet, il faut la présumer.

La question portant sur le contenu de cette norme originaire pose le problème du droit international.

Suivant qu'on se place, en effet, à un point de vue interne, qu'on regarde le phénomène juridique de l'intérieur de l'ordre juridique étatique, ou suivant qu'on se place à un point de vue international, la norme originaire du droit fera partie soit de l'ordre interne soit de l'ordre international.

Dans la première hypothèse, la norme originaire, est supposée instituer des organes en espèce étatiques et leur conférer une liberté entière et illimitée en ce qui concerne la création des règles juridiques.

Le caractère du système de normes qu'on appelle « droit » étant de se déterminer soi-même, l'ordre étatique, particulier, qui a servi de point de départ, s'identifie avec ce système. Le droit et l'Etat ne feront qu'une seule et même chose.

Si on admet l'existence d'un ordre juridique à l'égard duquel les Etats particuliers se présentent comme subordonnés, la norme originaire sera censée émaner de cet ordre et le droit trouvera sa source en lui. L'ordre juridique étatique sera considéré comme faisant partie de cet ordre et, en même temps, comme étant limité dans sa liberté. L'Etat particulier ne se déterminera plus soi-même, il sera déterminé par le système dont il fait désormais partie.

Ces deux points de vue correspondent à deux conceptions et leur validité dépend de la validité de ces conceptions. Leur examen ne fait cependant plus partie de la science du droit. Cette dernière s'arrête à la démonstration d'une norme originaire où la totalité des règles en vigueur puise sa valeur. Le choix entre les deux hypothèses dépend de la conception qu'on se forme du monde. Plus exactement du point de savoir si, dans la connaissance du monde extérieur, il faut prendre comme point de départ le « moi » ou bien s'il est nécessaire de supposer que le monde en est indépendant. La solution qui considère l'Etat comme libre et n'ayant point de supérieur, s'accorde avec le premier point de vue, essentiellement subjectif. La solution inverse s'inspire d'un point de vue objectif. A la vue du juriste, les deux hypothèses se présentent comme équivalentes. Sa logique ne le contraint pas à donner la préférence ni à l'une ni à l'autre.

Nous pouvons constater cette équivalence dans la

démonstration que les deux points de vue fournissent de la valeur obligatoire du fait international.

Comme illustration du premier point de vue, nous pouvons prendre la doctrine de l'Etat-volonté. Cette dernière confère une valeur juridique au fait international, coutume ou traité, en la considérant comme une expression de la volonté de l'Etat, en l'englobant dans le système juridique étatique. Dans cet ordre d'idées, le traité, fait international par excellence, aura une force obligatoire parce qu'il sera censé exprimer la volonté de l'Etat, volonté de respecter les clauses contenues en lui. Mais si la doctrine arrive à fonder la valeur obligatoire du fait international, elle n'arrive pas à fonder par là-même un *droit* international. Déjà, les théologiens qui traitaient sur la matière ont aperçu que ce dernier repose et ne peut reposer que sur la pluralité d'Etats coordonnés et égaux. La construction subjectiviste, en incorporant le fait international au fait interne, subordonne en même temps l'ordre juridique international à l'ordre juridique interne.

Un exemple du point de vue contraire nous est offert par l'école réaliste. Son « *petitio principii* » est justement la primauté du droit international. L'école a très bien su mettre en lumière qu'étant donné un complexe de règles auxquels on donne le nom de droit international, ce droit doit nécessairement primer le droit interne, autrement son existence même serait compromise. Si l'école a vu dans cette relation entre le droit interne et international un phénomène naturel de l'évolution sociale, il n'en est pas moins vrai que l'idée qu'elle avait du droit international était juste, même si la relation que nous

venons d'indiquer, n'est pas un fait du monde de « l'être » mais un fait du monde du « devoir ».

Le droit international se présente dans l'intérieur du système juridique comme un droit qu'on peut légitimement accepter et légitimement réfuter. Ce caractère hypothétique du droit international a rencontré des objections de la part de juristes internationalistes surtout, qui voudraient voir le droit international comme nécessairement compris dans la famille juridique. Verdross a essayé de démontrer l'unité du droit sur la base du droit international en s'appuyant sur le fait que les règles internationales font, en beaucoup de cas, allusion au droit international dont elles sont censés mettre en exécution une prescription (45). De cette manière, le rapport de subordination entre le droit interne et international serait démontré. D'une façon unilatérale, répond Kelsen (46). Le caractère d'une règle ne se trouve point déterminé par la déclaration contenue dans la règle. De même que la constitution contenant la déclaration qu'elle est républicaine, n'est pas nécessairement républicaine, de même la règle qui contient sa propre qualification ne la justifie pas à ce seul titre. On ne peut établir le caractère international de la norme en question que si on admet l'hypothèse par rapport à laquelle cette norme se présente comme internationale et non interne.

La théorie a été critiquée dans son ensemble par l'école réaliste. Dans son précis, Scelle émet l'objec-

(45) VERDROSS. — Die Verfassung der Völkergewaltsgemeinschaft.

(46) KELSEN. — Allgemeine Staatslehre, p. 129.

tion suivante à l'encontre de la théorie : « Kelsen » pose sa norme fondamentale comme une hypothèse » scientifique nécessaire et spécifie qu'au-delà de » cette norme hypothétique, le juriste n'est plus dans » son domaine, parce que l'origine du Droit est méta- » juridique. Mais toute hypothèse scientifique doit » être vérifiée. L'on ne peut pas ainsi rester sus- » pendu dans le vide. Nous pensons qu'il n'y a point » de cloison étanche entre le domaine de l'être et » celui du devoir et que la norme juridique est une » déduction consciente des lois du monde phénomé- » nal » (47).

L'objection de Scelle est l'objection fondamentale que toute conception du droit qui considère ce dernier comme un phénomène du monde naturel, opposera à la « théorie juridique pure. » Cette dernière se refuse à voir, dans les propositions logiques que constituent les normes juridiques, des faits du monde naturel. La valeur obligatoire de ces propositions ne réside pas dans la nécessité et, partant, dans la conscience qu'on acquiert de cette nécessité. Sa valeur est comparable à celle d'un jugement de valeur. L'intelligence humaine pose une certaine conduite comme idéale.

La réalité de cette conduite ne dépend pas de sa concordance avec une loi nécessaire ou un rapport nécessaire dérivant de la nature des choses ; il dérive du rapport de dépendance dans laquelle il se trouve par rapport à cette conduite idéale que l'esprit humain a reconnu comme juste et, partant, comme « vraie ». Le droit plonge ses racines dans le monde des idées et non pas dans le monde matériel.

La nature du droit une fois dégagée, l'objet de la

(47) SCELLE. — Op. cit., I, p. 40.

science juridique consistera dans l'étude des normes en vigueur, dans lesquelles s'extériorise l'idée dont nous venons de parler. La science du droit ne créera pas son objet, ou, ce qui revient au même, elle n'attribuera pas au fait juridique, une valeur qui ne se dégage pas du fait en question ; elle se bornera à déduire de la totalité des normes existantes les principes qui la régissent, ou, pour employer un terme scientifique, les lois qui les gouvernent.

M. Castberg souligne l'importance primordiale du raisonnement juridique basé sur ces prémisses. En précisant la méthodologie du droit en général, il dit : « Le point décisif doit être que les propositions » juridiques qui forment le point de départ de tout » raisonnement juridique positif — c'est-à-dire les » dispositions des lois, des ordonnances, des traités, » sont des propositions concernant ce que les hommes doivent ou ne doivent pas entreprendre. Le » caractère logique de ces propositions positives de » droit est décisif pour toute la nature du raisonnement juridique, qui doit porter sur les catégories » de propositions auxquelles les dispositions positives du droit appartiennent (48).

En ce qui concerne spécialement le droit international, avant d'aborder son étude, il faudra admettre sa valeur obligatoire sur la base de l'hypothèse en vertu de laquelle les ordres juridiques particuliers sont subordonnés à l'ordre international. Le même auteur nous dit à cet égard : « ...que le contenu des traités et coutumes est obligatoire, c'est là

(48) CASTBERG. — Méthodologie du Droit international. *Recueil des cours de l'Académie de Droit International*, année 1933, p. 323.

» la présupposition ou, si l'on veut, l'axiome sur
» lequel tout raisonnement juridique en droit inter-
» national est basé. »

Une fois cette « présupposition » admise, le point de départ de la science du droit international sera constitué par les propositions positives de droit.

CONCLUSIONS

Nous sommes arrivés au point où nous pouvons jeter un regard en arrière sur cette progression de la pensée telle qu'elle se manifeste sous la forme des diverses doctrines du droit international, et que nous avons qualifié d'évolution scientifique.

Ce qu'on appelle communément droit international, nous est apparu dans la conception de ceux qui l'ont traité d'abord, comme un postulat religieux. Non que les auteurs aient voulu le faire rentrer dans leur religion ; mais c'est de leur religion qu'ils l'ont *déduit*. Et c'est ce qui importe à la connaissance.

Une pensée qui trouve sa raison d'être en elle-même voit dans le principe énoncé par les théologiens une réalité qui a son fondement dans la raison. Cette raison fait tout ce qu'elle peut faire seule, privée de tout appui de l'observation : elle construit une théorie. C'est ainsi qu'une théorie générale du droit lui doit son existence, dont le « droit des gens » fait désormais partie intégrante.

L'insuffisance de cette construction une fois démontrée, on rebâtit le droit international sur le fondement des faits, fournis par l'observation. L'examen des doctrines « positivistes » nous a montré dans quelle mesure le droit international reposait vérita-

blement sur les faits et dans quelle mesure ces faits prenaient une forme que les doctrines leur octroyaient.

L'évolution a-t-elle atteint sa limite ? Nous pensons que oui. Elle l'a atteinte quand on s'est rendu compte que la règle de droit possède une valeur intrinsèque et qu'il ne faut point recourir ni à une personnification de l'Etat ni à un ordre naturel des choses pour voir dans le fait de l'observation un fait juridique. Ce n'est que cette donnée une fois dégagée, qu'il a été permis et qui permet de situer les études portant sur le droit international sur un terrain scientifique. Ce n'est que la nature du fait juridique une fois mise en lumière qu'il est permis de fonder la science du droit international sur le « fait de l'observation. »

Cette science ne sera plus contrainte ou ne sera plus capable de créer son objet ou, comme le dit de Louter, de l'anticiper (49). L'attitude purement passive que postule la méthode scientifique de la part du juriste, considérée comme sujet de la connaissance, empêchera d'attribuer le nom de science à une spéculation ayant comme objets des postulats.

Le manque d'un fondement stable a fait que le but que se sont proposés les auteurs du droit international a été pendant longtemps de réduire dans le cadre d'une théorie deux postulats irréductibles : la souveraineté de l'Etat et l'existence d'un droit international.

Dans son *Précis du Droit des Gens moderne*, le doyen Moye remarque à cet égard avec raison que le développement du droit international est allé de pair

(49) DE LOUTER. — Le Droit International public positif, page 57.

avec un développement corrélatif de la notion de souveraineté de l'Etat. L'auteur nous dit, en effet :
« Si le droit international devient, comme nous venons de le voir, de plus en plus applicable à l'ensemble des nations du Globe et acquiert ainsi un développement de meilleur augure, on ne saurait cependant contester que ce progrès ne soit balancé par une défaveur correspondante : la tendance des Etats à se considérer comme autonomes et indépendants les uns des autres » (50).

L'examen du fait juridique a révélé l'antagonisme entre les deux postulats et a démontré que l'existence d'un droit international est inconciliable avec l'autonomie ou, si l'on préfère, la souveraineté de l'Etat. La pratique peut aller dans le sens contraire. Mais la théorie est ferme à cet égard. Elle ne s'efforce plus d'établir une conciliation entre les deux termes en voilant leur vraie nature par des fictions éphémères. Et ce fait lui confère déjà une valeur qui n'est pas d'ordre utilitaire ou politique mais d'ordre intellectuel.

Peut-on, dans ces conditions, appliquer à l'ensemble des doctrines que nous avons examinées le qualificatif de « science du droit international » ? Notre étude a eu pour but de démontrer que non. Tout ce dont on peut parler est une évolution scientifique dans le traitement de la matière.

Cette évolution se présente à nos yeux comme un rapprochement successif vers la réalisation de ce que nous avons appelé le postulat de la science, que nous pouvons appeler au même titre : le postulat de toute connaissance. Mais tant que la réalisation ne s'est pas

(50) MOYE. — Précis du Droit des gens moderne, p. 11.

faite, tant que la limite n'a pas été atteinte, nous sommes encore dans la marche vers cet idéal, dans l'évolution. Ce n'est qu'une fois ce postulat réalisé dans le traitement du droit international, que nous sommes autorisés à parler d'une science du droit international et, par conséquent, d'un droit international.

Evolution scientifique dans le traitement du droit international d'abord, *science du droit international* ensuite, tels sont les deux données que nous avons eu pour tâche de dégager dans l'essai présent.

BIBLIOGRAPHIE

SCIENCES JURIDIQUES

- ALVAREZ (Alejandro). — International law and related subjects from the point of view of the american continent. Carnegie endowment for International peace. Washington 1922.
- ANZILOTTI (Dionisio). — Cours de Droit International. Trad. par Gilbert Gidel, Pars, 1929.
- AUSTIN (J.). — Lectures on Jurisprudence. London, 1885.
- AVRIL (P.). — Pufendorf. Dans: Les Fondateurs du Droit international, Paris, 1904.
- BASDEVANT (J.). — Grotius. Dans: Les Fondateurs du Droit international, Paris, 1904.
- BLUNTSCHLI (J.). — Le Droit international codifié. Paris 1861.
- CASTBERG (F.). — La méthodologie du Droit international. Recueil des cours de l'Académie de Droit international de La Haye, année 1933.
- CHARMONT (J.). — La Renaissance du droit naturel. Montpellier, 1900.
- CHKLAVER (Georges). — Le Droit international dans ses rapports avec la Philosophie du Droit. Thèse, Paris, 1929.
- DUGUIT (Léon). — Traité de Droit constitutionnel, Paris, 1927.
- L'Etat, le droit objectif et la loi positive. Paris 1901.
- GENY (François). — Science et Technique en droit privé positif, Paris 1914.
- GIERKE (Otto). — Les théories politiques du moyen-âge. Pars 1914.

- GROTIUS (Hugo). — Le Droit de la Guerre et de la Paix. Trad. par Pradier-Fodéré, Paris 1867.
- HALL (W.). — A Treatise on International Law, Oxford, 1924.
- HOBBS. — Œuvres philosophiques et politiques. Neuchâtel, 1787.
- JELLINEK (Georges). — Allgemeine Staatslehre. Berlin, 1905.
- JHERING. — Der Zweck im Recht, Tübingen 1863.
- KELSEN (Hans). — Allgemeine Staatslehre. Berlin 1925.
— Théorie générale du Droit international public. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, année 1932.
- LA BRIÈRE (Le R. P.). — La conception du Droit international chez les Théologiens catholiques. Centre Européen de la Dotation Carnegie. Année 1930.
- LAPRADELLE (G. de). — Les Principes généraux du Droit international. Centre Européen de la Dotation Carnegie, année 1930.
- LE FUR. — Précis de Droit International Public. Paris 1932.
— La Philosophie du Droit International. Revue de Droit International 1922.
- LOUTER (J. de). — Le Droit International Public Positif. Oxford 1920.
- LAWRENCE (T. J.). — Les Principes de Droit international. Oxford 1920.
- MONTESQUIEU. — De l'Esprit des Lois. Amsterdam, 1749.
- MOSER (J.-J.). — Versuch des neuesten europäischen Völkerrechts in Friedens und Kriegszeiten. Stuttgart, 1771.
- MOYE (Marcel). — Le Droit des Gens moderne. Paris 1928.
- NYS (Ernest). — Le Droit international; les principes, les théories, les faits. Bruxelles, 1912.
— Vitoria, sa vie et son œuvre. Introduction aux Relectio- nes de Indis ac de jure Belli. The Classics of Inter- nation Law, Washington, 1917.
- OPPENHEIM. — International Law. a Treatise, London, 1920.
— The Future of International Law. Oxford 1921.
- PILLET (A.). — Les Droits fondamentaux des Etats, Paris, 1899.
- POLITIS (Nicolas). — Les nouvelles tendances du Droit inter- national, Paris, 1927.

PUFENDORF (Samuel de). — Le droit de la nature et des gens, ou Système général des principes les plus importants de la morale, de la jurisprudence et de la politique. Trad. du latin par Jean Barbeyrac. Amsterdam, 1712.

REDSLOB (Robert). — Histoire des Grands Principes du Droit des Gens depuis l'antiquité jusqu'à la veille de la grande guerre. Paris, 1923.

RIPERT (Georges). — Droit naturel et positivisme juridique. Annales de la Faculté de Droit d'Aix, 1918.

SCELLE (Georges). — Précis de Droit des Gens. Principes et Systématique. Paris 1932, 1934, en cours de publication.

SCOTT (James Brown). — Le progrès du Droit des Gens. Paris, 1934.

SUAREZ (François). — Tractatus de Legibus ac de Deo Legislatore. In X libros. Antverpiae 1613.

TRIEPEL (Heinrich). — Völkerrecht und Landesrecht. Leipzig, 1899.

TROTTER (W.). — The instinct of the herd in peace and war. London 1916.

VANDERPOL. — La doctrine scolastique du droit de guerre. Paris, 1919.

VATTEL (Emmerich de). — Le droit des Gens ou Principes de la Loi Naturelle appliqué à la conduite et aux affaires des Nations et des Souverains. Trad. de l'Anglais par Paul Royer Colland, Paris, 1930.

VERDROSS (A.). — Règles générales du Droit International de la Paix. Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye, année 1929.

— Die Verfassung der Völkerrechtsgemeinschaft, Tübingen 1923.

VITORIA (François de). — Relectiones de Indis ac de Jure Belli. The Classics of the International Law. Washington, 1917.

WALZ (G. A.). — Wesen des Völkerrechts und Kritik der Völkerrechtseugner, Handbuch des Völkerrechts Stuttgart, 1930.

SCIENCE EN GENERAL

- DURKHEIM (Emile). — Sociologie et sciences sociales. Collection de la méthode dans les sciences, première série. Paris, 1927.
- COMTE (Auguste). — Discours sur l'Esprit positif. Paris, 1923.
- GIRAN (Paul). — Les origines de la Pensée. Paris, 1923.
- KANT. — Principes métaphysiques du Droit, trad. par J. Tissot, Paris, 1837.
- LE DANTEC (Félix). — De l'Homme à la Science. Philosophie du XX^e siècle. Paris, 1924.
- LÉVY-BRUHL (L.). — Morale. Collection « De la méthode dans les sciences », première série, Paris 1927.
- PARETO (Vilfredo). — Traité de Sociologie Générale, édition française, par Pierre Boven. Paris, Lausanne, 1917.
- POINCARÉ (Henry). — La Science et l'Hypothèse, Paris, 1902.

Vu:

Montpellier, le 14 novembre 1934.

Le Président de la Thèse,
MOYE,

Montpellier, le 14 novembre 1934.

Vu:

Le Doyen,
G. MORIN

Vu et permis d'imprimer:

Montpellier, le 14 novembre 1934.

Le Recteur,
TAILLIART.

TABLE DES MATIERES

INTRODUCTION	7
CHAPITRE I. — <i>Le principe</i>	9
SECTION 1. — <i>La communauté internationale</i>	9
La genèse du principe. — L'opposition qu'il rencontre à l'époque. — Son élaboration doctrinale. — La société naturelle.	
SECTION 2. — <i>Le droit international</i>	17
La relation du principe avec le droit international. — La conception des théologiens. — La conception juridique.	
CHAPITRE II. — <i>La théorie</i>	21
Sa genèse.	
SECTION 1. — <i>Le droit naturel</i>	22
Sa construction doctrinale vue à travers l'œuvre de Grotius et de Pufendorf.	
SECTION 2. — <i>Le droit positif</i>	25
Le droit positif de l'école envisagé du point de vue de sa similitude et du point de vue de son opposition avec le droit naturel.	
SECTION 3. — <i>Le droit international</i>	28
Le droit international est-il positif ou naturel?	
CHAPITRE III. — <i>Le fait</i>	32
Le développement des sciences expérimentales et la répercussion du nouveau postulat scientifique sur la science du droit.	
SECTION 1. — <i>Le point de vue subjectif</i>	33
a) <i>Droit des gens positif et droit naturel</i>	33
La mise en pratique de la solution positiviste.	
b) <i>Le droit international est positif</i>	38
L'école consensuelle. — L'école volontariste.	
SECTION 2. — <i>Le point de vue objectif</i>	42
Sa genèse.	
a) <i>Le fait social</i>	44
Explication de la société par la sociologie moderne. — La règle de droit. — La nouvelle théorie appliquée au droit international. — Appréciation des idées dont l'école réaliste s'est inspirée.	
b) <i>Le fait juridique</i>	54
La nature du fait juridique. — La nature du fait juridique international	
CONCLUSION	64

